

IZP.271.17.2014/4

**Wykonawcy uczestniczący
w przetargu**

Dotyczy: przetargu nieograniczonego dla zadania pn.: „Świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych, położonych na terenie Gminy Bobrowniki”

W związku z wniesieniem odwołania do postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych, położonych na terenie Gminy Bobrowniki” dotyczącego treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia

wzywam wykonawców zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do przystąpienia do postępowania odwoławczego – kopia wniesionego odwołania w załączeniu.

Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego winno być zgodne z art. 185 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. wniesione między innymi w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania.

ZASTĘPCA WÓJTA


mgr Agnieszka Piątek-Słabikowska

Załącznik:

Kopia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a (budynek Adgar Plaza)
02-676 Warszawa

Kancelaria Prawna Schampera
Dubis, Zajac i Wspólnicy Sp. k.

Piasek Solny 16,
50-062 Wrocław, Polska
E-Mail: wroclaw@sdzlegal.pl
Tel: +48 71 326 51 40
Fax: +48 71 326 51 41

www.sdzlegal.pl
www.schindhelm.com

Wrocław, dnia 2 czerwca 2014r.

Sąd Rejonowy
dla Wrocławia Fabrycznej
VI Wydział Gospodarczy KRS
KRS: 0000131311
NIP: 895-17-89-757
REGON: 14222704

Odwolujący: ALBA Południe Polska Sp. z o.o., ul. Starocementarna 2, 41-300 Dąbrowa
Gómicza, faks: 32 39 69 209, email: sekretariat.poludnie@alba.com.pl,
zastępowana przez radcę prawnego Annę Specht-Schampera z Kancelarii
Prawnej Schampera, Dubis, Zajac i Wspólnicy sp. k, Pl. Solny 16, 50-062
Wrocław, faks: 71 326 51 41, e-mail: anna.specht-schampera@sdzlegal.pl,
as@sdzlegal.pl

Zamawiający: Gmina Bobrowniki, ul. Gminna 8, 42-583 Bobrowniki, tel. 32 287 79 03,
faks: 32 287 74 86, e-mail: sekretariat@bobrowniki.pl;

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie
przetargu nieograniczonego pn. „Świadczenie usług odbioru i
zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości
zamieszkałych położonych na terenie Gminy Bobrowniki”, ogłoszenie o
zamówieniu zostało opublikowane w dniu 23.05.2014r. w Dzienniku
Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2014/S 099-173148

ODWOLANIE

Działając w imieniu Odwołującego, odpis pełnomocnictwa w załączeniu, na podstawie art. 180
ust. 1 Prawa Zamówień Publicznych (zwanego dalej „Pzp”), niniejszym wnoszę odwołanie wobec
czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu w wyżej wymienionym postępowaniu
nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia, postanowień SIWZ dot. obowiązków
wykonawcy i katalogu zmian umowy, tj. wobec postanowień ogłoszenia o zamówieniu i

Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, które zostały wskazane w części wstępnej oraz w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Zaskarżonej czynności Zamawiającego **zarzucam** naruszenie:

art. 6d ust. 4 ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej jako u.c.p.g.) w zw. art. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 353(1) k.c. w zw. z art. 14 Pzp, poprzez niejednoznaczne, niewyczerpujące i nieuwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, w zakresie:

- 1) zaniechania podania ilości zebranych w poprzednich latach odpadów ulegających biodegradacji, w tym odpadów opakowaniowych ulegających biodegradacji i odpadów zielonych,
- 2) zaniechania podania ilości odpadów selektywnie zebranych (segregowanych) przewidzianych do odbioru w trakcie realizacji zamówienia z podziałem na frakcje: - tworzywa sztuczne i opakowania wielomaterialowe, - papier, - metal, - odpady ulegające biodegradacji, w tym odpady opakowaniowe ulegające biodegradacji i odpady zielone, - odpady budowlane i rozbiórkowe,
- 3) zaniechania podania ilości odpadów zebranych w roku 2014,
- 4) zaniechania podania maksymalnej i minimalnej ilości odpadów komunalnych przewidzianych do odbioru i zagospodarowania w ramach umowy,
- 5) narzucenia w § 2 pkt 10 umowy obowiązku udostępnienia Zamawiającemu do kontroli instalacji do zagospodarowania odpadów, co jest niemożliwe w przypadku, gdy wykonawca nie jest jednocześnie podmiotem zarządzającym instalacją do przetwarzania odpadów objętych zamówieniem,
- 6) narzucenia w § 2 pkt 11 lit. j umowy obowiązku uzyskania od podmiotu prowadzącego instalację RIPOK pisemnego potwierdzenia okoliczności uprawniających wykonawcę do przekazania odpadów do instalacji zastępczej, co jest niemożliwe do wykonania w przypadku, gdy wykonawca nie jest jednocześnie podmiotem prowadzącym RIPOK,
- 7) obciążenia w § 11 ust. 1 pkt d umowy karą umowną z tytułu nieosiągnięcia wymaganych poziomów odzysku niezależnie od przyczyn, w szczególności gdy uchybienie nałożonemu przez umowę obowiązkowi w zakresie osiągnięcia odpowiednich poziomów odzysku będzie następstwem działania czy zaniechania prowadzącego instalację RIPOK, do której musiały trafić odpady objęte przedmiotem zamówienia,
- 8) braku w § 14 umowy możliwości zmiany wynagrodzenia wykonawcy w następstwie zmiany opłaty za przyjęcie odpadów do instalacji RIPOK z przyczyn od wykonawcy niezależnych oraz w razie zmiany innych opłat wynikających z przepisów prawa, w szczególności opłaty za korzystanie ze środowiska,

co jednocześnie wiąże się z przerzuceniem na wykonawców całości ryzyka gospodarczego związanego z niedoszacowaniem czy przeszacowaniem przez Zamawiającego ilości odpadów

powstających w gminie, zmianami w strukturze tych odpadów, czy zmianami w zakresie ilości nieruchomości i mieszkańców gminy, struktury gospodarstw domowych, zmian przepisów prawa determinujących zmianę elementów cenotwórczych.

co z kolei zaprzecza zasadzie równości stron stosunku zobowiązaniowego, w szczególności w świetle kalkulacji ceny ofertowej (pkt XVIII SIWZ), przyjętego wynagrodzenia opierającego na ryczałtowych cenach jednostkowych i ograniczonej możliwości zmiany umowy (§ 14 wzoru umowy).

Taki opis przedmiotu zamówienia utrudnia nadto ucześciwą konkurencję.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty **wnoszę** o nakazanie Zamawiającemu dokonania stosownej modyfikacji SIWZ poprzez:

- I. doprecyzowanie Opisu Przedmiotu Zamówienia w taki sposób, aby wykonawcy mogli ustalić rzeczywisty zakres zlecanej usługi i w ślad za tym skalkulować jej koszty, tj.:
 - 1) wskazanie ilości zebranych w poprzednich latach odpadów ulegających biodegradacji, w tym odpadów opakowaniowych ulegających biodegradacji i odpadów zielonych, z uwzględnieniem także roku 2014;
 - 2) wskazanie ilości odpadów zebranych w 2014r.;
 - 3) wskazanie ilości odpadów selektywnie zebranych (segregowanych wg nomenklatury SIWZ) przewidzianych do odbioru w trakcie realizacji zamówienia z podziałem na frakcje: - tworzywa sztuczne i opakowania wielomateriałowe, - papier, - metal, - odpady ulegające biodegradacji, w tym odpady opakowaniowe ulegające biodegradacji i odpady zielone, - odpady budowlane i rozbiórkowe,
 - 4) wskazanie maksymalnej i minimalnej ilości odpadów komunalnych, przewidzianych do odbioru i zagospodarowania w trakcie realizacji zamówienia za określone ryczałtowe ceny jednostkowe, z podziałem na wszystkie frakcje odpadów komunalnych zbieranych w sposób selektywny.
- II. Zmianę wzoru umowy poprzez:
 - 1) Wykreślenie § 2 pkt 10.
 - 2) Wykreślenie § 2 pkt 11 lit. j.
 - 3) Modyfikację § 11 ust. 1 pkt d poprzez wprowadzenie możliwości uwolnienia się przez wykonawcę od odpowiedzialności z tytułu z opisanego w tym punkcie umowy, w przypadku gdy uchybienie nałożonemu przez umowę obowiązkowi w zakresie osiągnięcia odpowiednich poziomów odzysku będzie następstwem działania czy zaniechania prowadzącego instalację RIPOK, do której musiały trafić odpady objęte przedmiotem zamówienia,
 - 4) Modyfikację § 14 poprzez wprowadzenie możliwości zmiany wynagrodzenia wykonawcy w następstwie podwyższenia opłaty za przyjęcie odpadów do instalacji RIPOK z przyczyn od wykonawcy niezależnych oraz w następstwie podwyższenia opłat wynikających z przepisów prawa, w tym opłaty za korzystanie ze środowiska.

Interes

Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO, „na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, brak jest możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca może ponieść, wystarczające jest zatem wskazanie na naruszenie przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudnienia dostępu do zamówienia (...)” (tak KIO w wyroku z dnia 23.08.2012r., sygn. akt KIO 1691/12; KIO 1704/12). Wobec powyższego, Odwołujący wskazuje, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych przepisów Pzp jego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, bowiem niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia utrudnia mu dostęp do zamówienia, w szczególności poprzez niemożliwość skalkulowania w cenie ofertowej w pełni ryzyka, jakie może wiązać z realizacją zamówienia.

Uzasadnienie

Ogłoszeniem w Dz.U.U.E. w dniu 23.05.2014r. Zamawiający wszczął postępowanie pod nazwą „Świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Bobrowniki”. SIWZ opublikowano na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 26.05.2014r.

Stosownie do przepisu art. 29 ust. 1 Pzp przedmiot zamówienia opisywany jest w sposób jednoznaczny i **wyczerpujący**, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, względniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Opis przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu wymagań stawianych przepisem art. 29 ust. 1 Pzp nie spełnia, co najmniej z następujących względów:

- (1) **Brak wskazania ilości odpadów objętych przedmiotem zamówienia – odpadów ulegających biodegradacji, w tym odpadów opakowaniowych ulegających biodegradacji i odpadów zielonych.**

Zamawiający podaje (w pkt II.1.5).I.1 ogłoszenia o zamówieniu i w pkt I.1.Załącznik nr 8 do SIWZ – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, dalej jako „SOPZ”), że odbiór odpadów ramach umowy odbywa się z podziałem na następujące frakcje:

- a) Zmieszane odpady komunalne
- b) Odpady selektywnie zbierane: - tworzywa sztuczne i opakowania wielomaterialowe, - papier, - metal, – **odpady ulegające biodegradacji, w tym odpady opakowaniowe ulegające biodegradacji i odpady zielone**, - odpady budowlane i rozbiórkowe.

W ogłoszeniu o zamówieniu (pkt II.1.5).III.6) i SIWZ – SOPZ (pkt III.6) Zamawiający podał, ile odpadów z podziałem na poszczególne frakcje zebrano na terenie Gminy w latach poprzednich, przy czym w owym zestawieniu brak jest ilości odpadów ulegających biodegradacji, w tym odpadów opakowaniowych ulegających biodegradacji i odpadów zielonych. Bez tych danych wykonawcy nie są w stanie skalkulować jednostkowej ceny ryczałtowej za „odpady komunalne segregowane”, do których zalicza się także wskazane odpady. Danych tych nie sposób wywieść z innych postanowień SIWZ, w szczególności gdy Zamawiający podaje w pkt II.1.5).III.7 ogłoszenia i pkt III.7 SOPZ

jedynie „orientacyjne ilości odpadów przewidziane do odbioru z terenu Gminy” w podziale na: zmieszane odpady komunalne, odpady segregowane (łącznie 1.000 Mg) i odpady budowlane.

- (2) **Brak wskazania ilości odpadów objętych przedmiotem zamówienia zebranych w 2014r.**

W Gminie Bobrowniki funkcjonuje nowy system odbioru odpadów, w tym także system selektywnej zbiórki odpadów z podziałem na frakcje jak wskazane SOPZ. Mimo to Zamawiający w ramach OPZ danych z roku 2014 nie udostępnia, chociaż dane te najpełniej odzwierciedlają aktualny stan gospodarki odpadami na terenie Gminy. Brak tych danych uniemożliwia skalkulowanie ceny oferty obejmującej przedmiot zamówienia w sposób odpowiadający realnym potrzebom Zamawiającego, preferując wykonawców, którzy obecnie świadczą usługi na rzecz Zamawiającego.

- (3) **Brak wskazania orientacyjnej ilości odpadów segregowanych przewidzianych do odbioru w ramach realizacji przedmiotu zamówienia z podziałem na frakcje: - tworzywa sztuczne i opakowania wielomateriałowe, - papier, - metal, – odpady ulegające biodegradacji, w tym odpady opakowaniowe ulegające biodegradacji i odpady zielone.**

Zamawiający wskazał w pkt II.1.5).III.7 ogłoszenia i pkt III.7 SOPZ jedynie „orientacyjne ilości odpadów przewidziane do odbioru z terenu Gminy” w podziale na: zmieszane odpady komunalne (6.750 Mg), odpady segregowane (łącznie 1.000 Mg) i odpady budowlane (900 Mg). Taki sposób opisu przedmiotu zamówienia uniemożliwia skalkulowanie jednostkowej ceny za „segregowane odpady komunalne”, w sytuacji gdy ceny za odbiór i zagospodarowanie poszczególnych frakcji odpadów selektywnie zebranych diametralnie się różnią: odpady tzw. surowcowe lepszej jakości, po ich dodatkowym doczyszczeniu mogą być nawet sprzedane przez wykonawcę (o czym zresztą Zamawiający wspomina w pkt XVIII.5 SIWZ, oczekując nawet od wykonawców wykazania w kalkulacji kosztów usługi wpływów uzyskanych ze sprzedaży zebranych surowców wtórnych), w przeciwieństwie do ogromnych kosztów zagospodarowania odpadów ulegających biodegradacji, które w znakomitej większości składają się z odpadów kuchennych. Wykonawca zatem dla kalkulacji ceny ofertowej musi mieć podane odrębnie orientacyjne ilości poszczególnych frakcji odpadów selektywnie zebranych.

Danych takich wykonawca nie jest w stanie odczytać z innych zapisów SIWZ, w szczególności z podanych przez Zamawiającego ilości odpadów zebranych w poprzednich latach. Dane te bowiem są niepełne (vide zarzuty powyżej) i nie korespondują z danymi podanymi przez Zamawiającego w ramach „orientacyjnych ilości odpadów przewidzianych do odbioru...”.

- (4) **Brak wskazania maksymalnej i minimalnej ilości odpadów komunalnych, których odbiór i zagospodarowanie będzie objęte przedmiotem zamówienia za określone jednostkowe wynagrodzenie ryczałtowe, z podziałem na wszystkie frakcje odpadów komunalnych zbieranych w sposób selektywny.**

Jak już podano powyżej, Zamawiający wskazał w pkt II.1.5).III.7 ogłoszenia i pkt III.7 SOPZ „orientacyjne ilości odpadów przewidziane do odbioru z terenu Gminy” w podziale na: zmieszane

odpady komunalne (6.750 Mg), odpady segregowane (łącznie 1.000 Mg) i odpady budowlane (900 Mg).

Natomiast zgodnie z pkt XVIII SIWZ w zw. z Zał. nr 9 do SIWZ wykonawca ma podać Zamawiającemu jednostkową cenę ryczałtową za 1 Mg z podziałem na odpady zmieszane, segregowane oraz budowlane i rozbiórkowe. Cena ta ma obejmować wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, w tym całkowite koszty transportu i zagospodarowania odpadów. Z uwagi na charakter ceny oraz brak możliwości zmiany ceny w świetle § 14 projektu umowy – Zał. nr 7 do SIWZ, do skalkulowania ceny niezbędne jest podanie przez Zamawiającego maksymalnej i minimalnej ilości odpadów objętych zaoferowaną ceną jednostkową.

Faktyczna ilość odpadów komunalnych do odebrania i zagospodarowania w ramach umowy za umówione jednostkowe wynagrodzenie ryczałtowe jest nieznana, tj. nie wiadomo na podstawie analiz rynku, założeń WPGO, o ile zwiększy się czy zmniejszy ilość odpadów w stosunku do szacunków podanych przez Zamawiającego w SIWZ. Wykonawcy winni więc, z mocy art. 29 Pzp, mieć możliwość oszacowania powyższych ryzyk.

Bez znaczenia pozostaje przy tym przyjęta przez Zamawiającego formuła rozliczenia z wykonawcą (cena jednostkowa x ilość odpadów faktycznie odebrana i zagospodarowana). Szacowana bowiem ilość odpadów determinuje wysokość ceny jednostkowej za 1 Mg, w szczególności przy założeniu, że koszt transportu jest niezależny od ilości odpadów faktycznie odbieranych – wykonawca musi „objechać” wszystkie nieruchomości zgodnie z harmonogramem i odebrane odpady przekazać do instalacji przetwarzających te odpady. Innymi słowy, im mniej odpadów w ramach realizacji zamówienia, tym wyższe koszty stałe (koszty stałe muszą się bowiem rozłożyć na mniejszą ilość odpadów). Podobny problem powstaje przy kosztach zagospodarowania odpadów, w szczególności w instalacji RIPOK. Umowa zaś nie przewiduje jakiegokolwiek zmian wynagrodzenia wykonawcy, nawet jeżeli ceny na RIPOK wzrosną, co jest przecież okolicznością niezależną od wykonawcy.

Reasumując tę część rozważań, wskazać należy na wyrok KIO z dnia 16.01.2013r., sygn. akt KIO 2941/12, w którym to wyroku Izba wskazała na konieczność podania przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia maksymalnej ilości odpadów komunalnych poszczególnych frakcji, które objęte są usługą odbioru i zagospodarowania. W uzasadnieniu swojego stanowiska, Izba wskazała m.in., że: *„Opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z przepisami ustawy jest wyłącznym obowiązkiem zamawiającego. W ramach czynności związanych z przygotowaniem postępowania zamawiający winien zgromadzić niezbędne dane, pozwalające na prawidłowe opisanie przedmiotu zamówienia i dopiero wszcząć postępowanie. (...) Niezasadnie zatem powołuje się zamawiający na niekompletność sprawozdań wykonawców i brak wiedzy w zakresie liczby osób w domach jednorodzinnych i szacunkowych ilości pojemników niezbędnych do odbierania odpadów, bowiem zamawiający miał wystarczająco długi czas ku temu - liczony od daty wejścia w życie znowelizowanych przepisów u.c.p.g. do wszczęcia badanego postępowania, aby dane te zgromadzić. (...) Nie sposób sobie wyobrazić, że w przypadku usługi odbioru i utrzymania odpadów można było skalkulować realną i opłacalną ofertę cenową możliwą do prawidłowego porównania z innymi*

ofertami bez znajomości podstawowych parametrów mających znaczenie dla jej kalkulacji. Tymi są niewątpliwie maksymalna ilość odpadów oraz podstawowe koszty materiałowe - koszty pojemników."

W wyroku z dnia 04.10.2001r., sygn. I CKN 328/99, nie publik., Sąd Najwyższy stwierdza, że *„przyjęcie przez jedną ze stron zwiększonego ryzyka prawnego nie przesądza o sprzeczności umowy z zasadami współżycia społecznego, jeżeli zawarta została na podstawie przesłanek (w tym spodziewanych korzyści) swobodnie kalkulowanych przez strony"*. W niniejszej sprawie wykonawcy nie są jednak w stanie oszacować przedmiotu zamówienia i ryzyk związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia, tym samym umowa taka narusza zasady współżycia społecznego (sprawiedliwość kontraktową). Na tej zasadzie Zamawiający w związku z naruszeniem zasad z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp dopuścił się także naruszenia art. 353(1) k.c. przy tworzeniu SIWZ.

Mając powyższe na względzie, Zamawiający winien w SIWZ doprecyzować zakres i rozmiar usług objętych jednostkową ceną rycaltową, tj. procent, o jaki maksymalnie może wzrosnąć i zmniejszyć się ilość odpadów w trakcie trwania umowy w odniesieniu do szacunków przyjętych przez Zamawiającego w SIWZ. Zapis taki nie tylko czynić będzie zadość wymaganiom przepisu art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, ale pozwoli na otrzymanie przez Zamawiającego ofert porównywalnych.

Reasumując powyższe wywody, przypomnieć należy, iż *„przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób bezpośredni wpływa na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia i rzutuje na treść przyszłej umowy. Wobec ww. skutków niezbędne jest dochowanie przez zamawiającego spoczywającego na nim obowiązku przygotowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób precyzyjny, wyczerpujący, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, ale również z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców"* (tak KIO w wyroku z dnia 10 kwietnia 2012r., sygn. akt KIO 573/12). Obowiązek wynikający z art. 29 ust. 1 Pzp, KIO wyjaśnia też w następujący sposób: *„Zamawiający zobowiązany jest do wyczerpującego i jednoznacznego opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który nie pozostawia wykonawcom pola do domysłów i interpretacji, a co za tym idzie, umożliwi prawidłowe sporządzenie oferty"* (wyrok KIO z dnia 02.04.2012r., sygn. akt KIO 550/12). W niniejszej sprawie trudno przyjąć, iż obowiązek ten został przez Zamawiającego dochowany, skoro lektura SIWZ oraz załączników do tego dokumentu rodzi po stronie wykonawców, nawet tych mających wieloletnie doświadczenie na rynku odbioru odpadów, tak wiele wątpliwości.

Szereg wątpliwości w ujęciu wyceny ryzyk związanych z wykonaniem umowy pojawia się także na gruncie wzoru umowy:

(1) § 2 pkt 10,

W § 2 pkt 7 i 10 wzoru umowy wskazano, że wykonawca zobowiązany jest do przekazywania odpadów do RIPOK i jednocześnie jest zobowiązany udostępniać miejsce odbioru i składowania odpadów do kontroli. Zapis ten stawia w pozycji uprzywilejowanej wykonawców prowadzących instalacje RIPOK, którzy są zobowiązani przyjmować odpady, ale w żadnym wypadku nie są zobowiązani (jakimkolwiek przepisem prawa) do udostępnienia instalacji do kontroli Zamawiającemu. Mając na względzie walkę konkurencyjną, wykonawcy nie są także

w stanie wymusić kontraktowo prowadzących instalację RIPOK do jej udostępnienia celem kontroli Zamawiającemu, w szczególności iż takie uprawnienia przysługują z mocy ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach odpowiednim organom, do których Zamawiającego nie zalicza się, zaś Zamawiający nie pozostaje w jakimkolwiek stosunku prawnym z prowadzącym instalację, jeżeli nie jest on jednocześnie wykonawcą tego zamówienia.

(2) § 2 pkt 11 lit. j

Zapis § 2 pkt 11 lit. j) wzoru umowy wskazuje, iż w każdym przypadku nieprzekazania odpadów do RIPOK wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia pisemnej informacji sporządzonej przez podmiot prowadzący RIPOK o przyczynach nieprzyjęcia odpadów z danej gminy. Zapis stawia w pozycji uprzywilejowanej podmioty dysponujące RIPOK i naraża wykonawcę na sankcje ze strony zamawiającego za każdym razem, gdy RIPOK odmówi przyjęcia odpadów i jednocześnie odmówi wydania dokumentu, którego żąda Zamawiający. Żaden bowiem przepis prawa nie obliguje prowadzących RIPOK do sporządzania tego rodzaju pisemnych informacji. Zamawiający z mocy ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach prowadzić może jako uprawniony organ odrębne postępowanie administracyjne w sprawie pociągnięcia wykonawcy do odpowiedzialności za niewożenie zmieszanych odpadów komunalnych do RIPOK (art. 9x ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 9u u.c.p.g.). W ramach tego postępowania wykonawca może różnymi środkami dowodowymi zgodnie z k.p.a. wykazywać, iż zaistniały przesłanki uprawniające wykonawcę do przekazania odpadów do instalacji zastępczej. Tym samym brak jest podstaw, aby umową ingerować w owo postępowanie administracyjne, ograniczając tym samym uprawnienia wykonawcy (prawo do obrony) przysługujące mu w razie wszczęcia postępowania administracyjnego w przedmiotowym zakresie.

(3) § 11 ust. 1 pkt d

Zamawiający przerzucił na wykonawcę obciążające go z mocy przepisów u.c.p.g. obowiązki w zakresie osiągnięcia poziomów odzysku i recyklingu. Zamówienie nie przewiduje przejęcia przez wykonawcę całego strumienia odpadów wytworzonych w gminie (zamówieniem są objęte jedynie odpady wytworzone na nieruchomościach zamieszkałych), przy jednoczesnym zobligowaniu wykonawców do kierowania odpadów do RIPOK, który nie ma ustawowego obowiązku przekazywać informacji o sposobie zagospodarowania odpadów oraz ilościach odpadów przekazanych do recyklingu oraz ilości odpadów biodegradowalnych nie przekazanych do składowania. Prowadzący instalacje RIPOK nie przyjmują na siebie tego rodzaju obowiązków także na podstawie umów zawieranych z wykonawcami, wykorzystując w ten sposób swoją pozycję na rynku (wykonawcy przecież i tak zobligowani są zawieźć odpady komunalne do RIPOK, pod groźbą kary administracyjnej i wykreślenia z rejestru w razie stwierdzenia drugiego przypadku nie wożenia odpadów do RIPOK). W praktyce niezmiernie trudno jest uzyskać od prowadzących RIPOK, w szczególności od tych konkurujących także na rynku odbioru odpadów, mimo dołożenia najwyższej staranności, dokumentów potwierdzających odzysk. Są to okoliczności niezależne od wykonawcy, w szczególności wobec braku swobody w wyborze instalacji, do której mają trafić zmieszane


odpady komunalne. Mimo to okoliczności te nie zostały przez Zamawiającego uwzględnione przy naliczaniu kary umownej z tytułu nieosiągnięcia wymaganych poziomów odzysku i recyklingu, co w konsekwencji premiuje wykonawców prowadzących instalacje RIPOK.

(4) § 14

W § 14 Zamawiający przewidział niezwykle ograniczony katalog zmian umowy, w szczególności wynagrodzenia wykonawcy (cena jednostkowa ma charakter ryczałtowy, niezmienny). Umowa jest zawierana do dnia 31.12.2016r. W tym czasie bez wątpienia nastąpi szereg zmian prawa determinujących wysokość elementów cenotwórczych, na które wykonawca wpływu nie ma. W szczególności prowadzone są prace nad nowym rozporządzeniem o mechaniczno-biologicznym przetwarzaniu odpadów, które wymusi na prowadzących RIPOK modernizacje, a w konsekwencji wzrost cen za przyjęcie odpadów do RIPOK. Zapowiadana też jest, zresztą od lat, radykalna podwyżka opłat za korzystanie ze środowiska, aby zmusić rynek do jak największego przetworzenia odpadów i ograniczenia odpadów do składowania. Wysokość tej zmiany jest dzisiaj nieznana, do tej pory opłata ta ulegała zmianie wyłącznie o wskaźnik inflacji. Są to okoliczności od wykonawcy niezależne, których nie może oszacować, ale nie znalazły one odbicia w § 14 umowy. Powyższe nabiera szczególnego znaczenia w świetle wynikających z ustawy o odpadach „zanieczyszczający plac”. Oznacza to, że wykonawca nie może przejąć ryzyka wzrostu opłat za zagospodarowanie odpadów, których przewidzieć dzisiaj się nie da nawet przy dołożeniu najwyższej staranności i które są od wykonawców niezależne, a muszą zostać przez wykonawców uwzględnione z mocy pkt XVIII SIWZ.

Tymczasem, jak przypomina KIO w swoim orzecznictwie: *„Kształtowanie poszczególnych postanowień umownych nie jest działaniem dowolnym, a ich treść musi mieć oparcie w potrzebach zamawiającego, które mają zostać zaspokojone w wyniku postępowania.”* (wyrok KIO z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt KIO 2111/11; KIO 2130/11; KIO 2131/11). W niniejszej sprawie przyjęć należy, iż opisany sposób ukształtowania postanowień wzoru umowy ma taki właśnie dowolny charakter.

W tym stanie rzeczy niniejsze odwołanie zasługuje na uwzględnienie.


Anna Specht-Schampera
Radca prawny

Załączniki:

- 1) dowód uiszczenia wpisu od odwołania.
- 2) pełnomocnictwo.
- 3) dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.